

Zeitschrift für Zivilprozeß

BEGRÜNDET VON LANDGERICHTSRAT H. BUSCH

Herausgegeben von

Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. FRITZ BAUR, Tübingen

Prof. Dr. KARL HEINZ SCHWAB, Erlangen

unter Mitwirkung von

Prof. Dr. ARTHUR BÜLOW, Staatssekretär a. D., Bonn

Prof. Dr. h. c. HERBERT SCHNEIDER †,

Rechtsanwalt beim Bundesgerichtshof, Karlsruhe



1981

CARL HEYMANNS VERLAG KG

Köln · Berlin · Bonn · München

Schriftleitung

Zuschriften, die sich auf diese Zeitschrift beziehen, werden an Herrn Professor Dr. Karl-Heinz Schwab, Atzelsberger Steige 16, 8520 Erlangen, erbeten. Rezensionsexemplare sind an Herrn Professor Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Fritz Baur, Klopstockweg 14, 7400 Tübingen, zu senden.

Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Die Annahme zur Veröffentlichung muß schriftlich erfolgen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren. Für Manuskripte, die unaufgefordert eingesandt werden, wird keine Haftung übernommen. Es wird davon ausgegangen, daß die zur Veröffentlichung eingesandten Entscheidungen von Instanzgerichten nicht auch anderen Zeitschriften angeboten werden.

Die vorbehaltenen Urheber- und Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze. Sie sind vom Einsender oder von der Schriftleitung bearbeitet oder redigiert. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen. Sie bedürfen zur Auswertung ausdrücklicher Einwilligung des Verlages.

Verlag

Carl Heymanns Verlag KG, Gereonstraße 18, 5000 Köln 1, Ruf 02 21 - 13 40 22, Fernschreiber

ISBN 3-452-19064-2

8 881 888, Landeszentralbank 37008173, Postscheck 820 20-501.

Nachdruck und Vervielfältigung

Nachdrucke, auch auszugsweise, sowie fotomechanische Vervielfältigungen, auch von Teilen dieses Heftes, gleichgültig in welcher Anzahl, auch für innerbetrieblichen Gebrauch, und die Einspeicherung und Ausgabe von Daten des Inhalts dieses Heftes in Datenbanken und ähnlichen Einrichtungen sind nicht gestattet.

Bezugsbedingungen

Die Zeitschrift erscheint viermal im Jahr, Jahrespreis 168,00 DM einschließlich Versandkosten. Einzelheft 47,80 DM einschließlich Versandkosten. Aufkündigung des Bezuges bis 15. 11. zum Jahresablauf.

Anzeigen

Heymanns Anzeigen-Verwaltung, Gereonstraße 18, 5000 Köln 1, Ruf 02 21 - 13 40 22, Fernschreiber 8 881 888, Anzeigenleitung Marianne Sieberg. Die Anzeigen werden nach der Preisliste vom 1. 4. 1979 berechnet. Landeszentralbank Köln 37008173, Postscheck Köln 820 20-501.

Druckerei

Gallus Druckerei KG, Berlin.



CM 50

INHALTSÜBERSICHT

A. ABHANDLUNGEN

GRUNSKY, Professor Dr. Wolfgang, Fritz Baur 70 Jahre	233
HABSCHEID, Professor Dr. Dr. h. c. Walther J., Die Grundzüge des schweizerischen Zivilprozeßrechts	236
HAGER, Wiss. Assistent Assessor Johannes, Die Kontrolle der Freiheitsentziehung durch die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Entlassung des Betroffenen	407
HASSOLD, Privatdozent Dr. Gerhard, Wille des Gesetzgebers oder objektiver Sinn des Gesetzes – subjektive oder objektive Theorie der Gesetzesauslegung	192
KAHLKE, Rechtsanwalt und Notar Dr. Gerhard, Der Sachverständige der Berufungsinstanz	50
KAHLKE, Rechtsanwalt und Notar Dr. Gerhard, Zur Funktion von Beschwerde und Rechtsschutzbedürfnis im Rechtsmittelverfahren	423
KAWANO, Professor Dr. Masanori, Der prozessual unberücksichtigte Aufrechnungseinwand und seine materiellen Folgen	1
KORNMEIER, Rechtsanwalt Dr. Udo, Schiedsfähigkeit und materielle Vergleichsbefugnis	27
MEZGER, Avocat à la cour Dr. Ernst, Überblick über das französische Recht der Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Reformdekret vom 14. 5. 1980	117
NÉVAI, Professor Dr. László, Probleme der Effektivität des Zivilprozesses in Ungarn	165
SCHLOSSER, Professor Dr. Peter, Internationale Rechtshilfe und rechtsstaatlicher Schutz von Beweispersonen	369
STÜRNER, Professor Dr. Rolf, Aktuelle Probleme des Konkursrechts	263
WALCHSHÖFER, Ministerialrat Dr. Alfred, Die Auswirkungen der Vereinfachungsnovelle in der gerichtlichen Praxis	179
WINKLER VON MOHRENFELS, Wiss. Assistent Dr. Peter, Internationale Scheidungszuständigkeit und Gleichberechtigung	71
WOLF, Professor Dr. Manfred, Die Berücksichtigung verspäteten Vorbringens in der Berufungsinstanz	310

B. ENTSCHEIDUNGEN

BVVerfG, Beschluß des Ersten Senats vom 7. 10. 1980 – 1 BvL 50/79, 1 BvL 89/79, 1 BvR 240/79 – Verfassungsmäßigkeit von § 528 III ZPO	339
BGH, Urteil vom 7. 12. 1978 – III ZR 35/77 – Berufung gegen zweites Versäumnisurteil (Vollkommer)	87
BGH, Urteil vom 21. 4. 1980 – II ZR 107/79 – Aufrechnung gegenüber Schadensersatzanspruch aus ungerechtfertigter Vollstreckung (Pecher)	444
BGH, Urteil vom 28. 4. 1980 – VII ZR 27/80 – Zurücknahme der Berufung (Münzberg)	328

BayObLG, Beschluß vom 13. 5. 1980 – BReg. 3 Z 61/79 – Unzulässigkeit einer Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der vorläufigen Verwahrungsanordnung (dazu Abhandlung Hager, S. 407)	458
OLG München, Beschlüsse vom 27. 11. 1980 – 9 VA 4/80 – und vom 31. 10. 1980 – 9 VA 3/80 – Internationale Rechtshilfeersuchen (dazu Abhandlung Schlosser, S. 369)	462

C. BUCHBESPRECHUNGEN

Aus dem Hamburger Rechtsleben, Walter Reimers zum 65. Geburtstag, hrsg. von Heinrich Ackermann, Jan Albers, Karl August Bettermann, Berlin 1979 (Prof. Dr. Marburger)	345
Beck'sches Formularbuch zum Bürgerlichen, Handels- und Wirtschaftsrecht, hrsg. von Michael Hoffmann-Becking, Helmut Schippel u. a., 2., neu bearbeitete Aufl., München 1980 und Beck'sches Prozeßformularbuch, hrsg. von Horst Locher, Peter Mes u. a., München 1980 (Prof. Dr. Walter)	471
BISCHOF, Hans Helmut, Der Zivilprozeß nach der Vereinfachungsnovelle, Eine Einführung mit Musterverfügungen, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1980 (Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Baur)	211
BLEY/MOHRBUTTER, Vergleichsordnung, 4., neubearbeitete Aufl., Berlin 1980, 4. Lfg., §§ 82–107, 5. Lfg., §§ 108–132 (Prof. Dr. Pawlowski und Ass. Dr. Braun)	211
BOPP, Peter, Kündigung und Kündigungsprozeß im Arbeitsrecht, Stuttgart 1980 (Prof. Dr. Grunsky)	214
BORGHESI, Domenico, Contratto collettivo e processo, Il Mulino/Bologna 1980 (Prof. Dr. Grunsky)	473
BRINKMANN, Gisbert, Schiedsgerichtsbarkeit und Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 54, Berlin 1977 (Prof. Dr. Leopold)	97
BUMILLER/WINKLER, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 3., neubearbeitete Aufl., München 1980 (RiOLG Prof. Dr. Kollhossner)	99
Courts and Tribunals, A Comparative Study von Attila Rácz, übersetzt von M. Zehery, durchgesehen von J. Gombos, Budapest 1980 (Prof. Dr. Pleyer)	215
ERNEMANN, Andreas, Zur Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Schiedssprüche nach § 1044 ZPO, Begriff – anzuwendendes Verfahrensrecht – Rechtswirksamkeit, Schriften zum deutschen und europäischen Zivil-, Handels- und Prozeßrecht, Bd. 91, Bielefeld 1979 (Wiss. Ass. Dr. Urbanczyk)	101
Festschrift für Werner Flume zum 70. Geburtstag in Gemeinschaft mit Kurt Ballerstedt und F. A. Mann, hrsg. von Horst Heinrich Jakobs, Brigitte Knobbe-Keuk, Eduard Picker, Jan Wilhelm, Köln 1978 (Prof. Dr. Henckel)	347
FIRSCHING, Karl, Familienrecht, Verfahren des Familiengerichts, des Vormundschaftsgerichts sowie des Amtsgerichts in anderen Rechtsgebieten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und in Entmündigungssachen, Handbuch der Rechtspraxis, Bd. 5, 4., neubearbeitete und erweiterte Aufl., München 1979 (Prof. Dr. Walter)	217
FIRSCHING, Karl, Nachlaßrecht, Handbuch der Rechtspraxis, Bd. 6, 5., neubearbeitete und erweiterte Aufl., München 1980 (Prof. Dr. Walter)	219

FRANKE, Stefan, Zur Reform des Armenrechts, Schriftenreihe zur Rechtssoziologie und Rechtstatsachenforschung, Bd. 46, Berlin 1980 (Prof. Dr. Grunsky)	220
GRUNSKY, Wolfgang, Arbeitsgerichtsgesetz, Kommentar, 3., neubearbeitete Aufl., München 1980 (Prof. Dr. Seiter)	474
JAUERNIG, Othmar, Zwangsvollstreckungs- und Konkursrecht, Ein Studienbuch, 15., völlig neu bearbeitete Aufl. des von Friedrich Lent begründeten Werkes, München 1980 (Wiss. Assistent Assessor Kohler)	222
JOST, Fritz, Soziologische Feststellungen in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Schriftenreihe zur Rechtstheorie, Heft 84, Berlin 1979 (Prof. Dr. Wolf)	480
KÜHNE, Jörg-Detlef, Grundrechtlicher Wohnungsschutz und Vollstreckungsdurchsuchungen, Ein Beitrag zum Verständnis des Art. 13 GG, Göttingen 1979 (Prof. Dr. Peters)	227
KUMMER, Max, Grundriß des Zivilprozeßrechts nach den Prozeßordnungen des Kantons Bern und des Bundes, 3., auf den neuesten Stand der Gesetzgebung gebrachte Aufl., Bern 1978 (Prof. Dr. Dr. h. c. Habscheid)	226
LANCELOTTI/PINI, Il laureato in giurisprudenza, Modena 1980 (Prof. Dr. Grunsky)	350
de LOUSANOFF, Oleg, Zur Zulässigkeit des Teilurteils gemäß § 301 ZPO. Eine Analyse der von der Rechtsprechung entwickelten Voraussetzungen, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 59, Berlin 1979 (Wiss. Assistent Dr. Prütting)	103
LÜKE, Gerhard, Fälle zum Zivilverfahrensrecht, Bd. I, Erkenntnis- und Vollstreckungsverfahren der ZPO, Schriftenreihe der Juristischen Schulung, Heft 68, München 1979 (Prof. Dr. Wolf)	106
NAGEL, Heinrich, Internationales Zivilprozeßrecht für deutsche Praktiker, Aschendorffs Juristische Handbücher, Bd. 85, Münster/Westf. 1980 (Prof. Dr. Gottwald)	351
NAKAMURA/HUBER, Die japanische ZPO in deutscher Sprache, mit einer Einführung in das japanische Zivilprozeßrecht Hideo Nakamura, Köln/Berlin/Bonn/München 1978 (Prof. Dr. Dr. h. c. Dr. h. c. Baur)	481
NAVACERRADA, Ortiz, Die Konkurrenz von Gläubigern im Vollstreckungsverfahren, Veröffentlichungen der Abteilung für Verfahrensrecht, Universität Salamanca, 1979 (Prof. Dr. Gomez de Liaño, übersetzt von Prof. Dr. Weyers)	228
PUKALL, Friedrich, Der Zivilprozeß in der gerichtlichen Praxis, Ein Leitfaden für das erstinstanzliche gewöhnliche Erkenntnisverfahren nach der Vereinfachungsnovelle mit praktischen Hinweisen und einem Aktenbeispiel, 2., völlig neu bearbeitete und erweiterte Aufl., Berlin 1980 (Vors. Richter am OLG Dr. Rudolph)	354
REINEL, Peter, Die Verbandsklage nach dem AGBG, Erlanger Juristische Abhandlungen, Bd. 23, Köln/Berlin/Bonn/München 1979 (Prof. Dr. Wolf)	107
RIEDEL, Joachim, Das Postulat der Unparteilichkeit des Richters – Befangenheit und Parteilichkeit – im deutschen Verfassungs- und Verfahrensrecht, Schriften zum Prozeßrecht, Bd. 65, Berlin 1980 (Prof. Dr. Arzt)	482

ROHWER-KAHLMANN, Harry, Rechtstatsachen zur Dauer des Sozialprozesses, Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, Bd. 47, Berlin 1979 (Vors. Richter am OLG Bender)	110
RÜEDE/HADENFELDT, Schweizerisches Schiedsgerichtsrecht, Zürich 1980 (Dr. Schloßhauer-Selbach)	483
SCHWIMANN, Michael, Internationales Zivilverfahrensrecht, Schwerpunkte in der Praxis, Wiener rechtswissenschaftliche Studien, 17. Bd., Wien 1979 (Prof. Dr. Schlosser)	355
SKOURIS, Wassilios, Verletztenklagen und Interessentenklagen im Verwaltungsprozeß, Eine rechtsvergleichende Studie zur Anfechtungslegitimation des Bürgers, Köln/Berlin/Bonn/München 1979 (Prof. Dr. Wolf)	229
STEIN/JONAS, Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 20. Aufl., überarbeitet von Grunsky/Leipold/Münzberg/Schlosser/Schumann, Tübingen 1976 ff., 5. Lfg. VIII/1979–XII/1979: Abkürzungsverzeichnis, Einleitung und §§ 1–37 ZPO, bearbeitet von Ekkehard Schumann (Prof. Dr. Gerhardt)	111
ZELLER, Zwangsversteigerungsgesetz, Kommentar zum ZVG mit einem Anhang einschlägiger Texte, Tabellen und unveröffentlichten Entscheidungen, Beck'sche Kurzkommentare Bd. 12, 10., völlig neu bearbeitete Aufl., München 1979 (Wiss. Assistent Dr. Kunz)	358
ZIMMERMANN, Reinhard, Richterliches Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? (Die rechtliche Behandlung anstößig-übermäßiger Verträge), Hamburger Rechtsstudien, Heft 69, Berlin 1979 (Prof. Dr. Grunsky)	116

REGISTER

Die Zahlen bezeichnen die Seiten.

Die Entscheidungen sind durch + gekennzeichnet

A

Ablehnung von Sachverständigen 57 ff.
 Absonderung 265 ff.
 Amtstheorie 287
 Anerkennungsstatut 73 ff.
 Anfechtungslegitimation 229 ff.
 Angriffsmittel + 339 ff.
 Anschlußberufung + 328 ff.
 Arbeitsgerichtsgesetz 474 ff.
 Arbeitsrecht 214 f.
 Armenrecht 220 ff.
 Aufrechnung 1 ff., + 444 ff.
 Aufrechnungseinwand 1 ff.
 Ausforschungsbeweis 377 ff.
 Auslegungsmittel 195 f.
 Auslegungstheorien 192 ff.
 Auslegungsziel 195 f.
 Aussagezwang 390 f.
 Aussonderung 265 ff.

B

Bassinvertrag 279 f.
 Befangenheit 482 f.
 Begriffsjurisprudenz 286 f.
 Berufung 50 ff., + 87 ff., 238 f., 310 ff.,
 + 328 ff., + 339 ff.
 Beschwer 423 ff.
 Beschwerde 239 f.
 Bestimmtheitsanforderung 375 ff.
 Betriebsveräußerung 280 ff.
 Beweisperson 369 ff.
 Beweisthema 375 ff.
 Beweiswürdigung 261 f.
 Bundesgesetzgebung der Schweiz
 242 ff.
 Bundesverfassung der Schweiz 237 ff.

C

Common Law + 426 ff.

D

Dispositionsmaxime 258 f.
 Dokumentenvorlage 395 ff.
 Durchsuchung 227 ff.

E

Ehesachen 75 f.
 Eigentumsvorbehalt, verlängerter 227 f.
 Einspruch + 87 ff.
 Entmündigungssachen 217 ff.
 Erkenntnisverfahren 106 f.

F

Familiengericht 217 ff.
 Familienrecht 217 ff.
 Feststellungsklage 75 f.
 Freiheitsentziehung 407 ff.

G

Gemeinschuldner 278 f.
 Gerichtsbarkeit, freiwillige 99 ff., 217 ff.,
 407 ff.
 Gerichtssprache 257
 Gläubigerkonkurrenz 228 f.
 Gleichberechtigungssgrundsatz 76 ff.

H

Haager Beweisübereinkommen 377 ff.
 Haupttermin 186 ff.
 Heimatrecht 80 ff.

I

Insichkontrahieren 290 f.
 Interessentenklage 229 ff.
 Inzidentantrag + 444 ff.

J

Justizreform in Ungarn 165 ff.

K

Kapitalgeber 269 ff.
 Kindschaftsrecht 77
 Konkurs 280 ff., 298 ff., 305 ff.
 Konkursöffnung 302 ff.
 Konkursrecht 222 ff., 263 ff.
 Konkursverwalter 271 ff., 280, 286 ff.

Kontokorrent 301 ff.
Kreditsicherungsrecht 273 f.
Kündigung 214 f.

M

Mahnverfahren 95 f.
Miteigentum 278 f.
Moderationsrecht 116
Mündlichkeitsprinzip 256 f.
Musterverfügungen 211

N

Nichtigkeitssklage 75 f.

O

Öffentlichkeitsprinzip 255 f.
ordre public 377 ff.
Organtheorie 287 ff.

P

Parteilichkeit 482 ff.
Präklusion 311 ff.
Pre-trial-discovery 391 ff., + 462 ff.
Prozeßaufrechnung 1 ff.
Prozeßdauer 110 f.
Prozeßkostenhilfe 220 ff.
Prozeßleitung 257 f.
Prozeßmaximen 255 ff.
Prozeßvollmacht 47 ff.

R

Rechtsanwendung 194 f., 261
Rechtshängigkeit 391 f.
Rechtshilfe, internationale 369 ff.
Rechtshilfeersuchen 384 f., + 462 ff.
Rechtsmittelverfahren 423 ff.
Rechtspfleger + 87 ff.
Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts 244 ff.
Rechtsschutz, einstweiliger 97 ff.
Rechtsschutzanspruch 112 f.
Rechtsschutzbedürfnis 423 ff.
Richter am Kantonsgericht 253 ff.
Richter am schweizer Bundesgericht 253 ff.
Richteramt in der Schweiz 254 ff.

S

Sachverständiger 50 ff.
Säumnisverfahren 95 f.
Scheidungsfolgen 81 ff.
Scheidungsstatut 72 ff.
Scheidungszuständigkeit 71 ff.
Schiedsfähigkeit 27 ff.
Schiedsgericht, französisches 128 ff.
Schiedsgerichtsbarkeit 97 ff.
Schiedsgerichtsbarkeit, französische 117 ff.
Schiedsgerichtsrecht der Schweiz 483 f.
Schiedsgerichtsvereinbarung 31 ff.
Schiedsspruch, ausländischer 101 f.
Schiedsspruch nach französischem Recht 145 ff.
Schiedsverfahren, französisches 132 ff.
Schiedsvertrag nach französischem Recht 121 ff.
Sicherungspool 274 f.
Sicherungszeessionar 277 f.
Sozialplan 280
Sozialprozeß 110 f.
Soziologie 480 f.
Staatsangehörigkeit 83
Streitgegenstand 113 ff.

T

Teilurteil 103 ff.
Termin, früher erster 182 ff.
Totalnichtigkeit 116
trial + 462 ff.

U

Unabhängigkeit, richterliche 254 f.
Unparteilichkeit 482 f.
Unmittelbarkeitsprinzip 257
Urkunde + 462 ff.

V

Verbandsklage 107 f.
Verbot des Insichkontrahierens 290 f.
Vereinfachungsnovelle 179 ff., 211
Verfahrensart 180 ff.
Verfahrenskosten 273
Vergleich 27 ff.
Vergleichsbefugnis 27 ff.
Vergleichsordnung 211 ff.
Verhandlungsmaxime 259 ff.
Verletzungssklage 229 ff.

Vernehmung + 462 ff.
 Versäumnisurteil + 328 ff.
 Versäumnisurteil, zweites + 87 ff.
 Verteidigungsmittel + 339 ff.
 Verwahrungsanordnung + 458 ff.
 Verwalterhandeln 290 f.
 Verwaltungsprozeß 229 ff.
 Verwertungsbefugnis 271 ff.
 Verwertungsrecht 300 f.
 Vollstreckungsbefehl + 87 ff.
 Vollstreckungsdurchsuchung 227 ff.
 Vollstreckungsgläubiger + 444 ff.
 Vollstreckungsverfahren 106 f., 228 f.
 Vorbehaltseigentümer 275 f.
 Vorbehaltseigentum 300 f.
 Vorbringen, verspätetes 188 ff., 310 ff.
 Vorderrichter 50 ff.
 Vorlageverweigerungsrecht 398 ff.
 Vormundschaftsgericht 217 ff.
 Vorverfahren, schriftliches 184 ff.

W

Widerklage + 444 ff.
 Widerspruch + 87 ff.
 Wohnungsschutz 227 ff.

Z

Zeuge + 462 ff.
 Zeugenvernehmung 395 ff.
 Zeugnisverweigerung 296 f.
 Zivilprozeß in Ungarn 165 ff.
 Zivilprozeßrecht der Schweiz 226 f.,
 236 ff.
 Zivilprozeßrecht, internationales
 351 ff., 355 ff.
 Zivilprozeßrecht von Japan 481 ff.
 Zurückweisung von Angriffs- und Ver-
 teidigungsmitteln + 339 ff.
 Zwangsversteigerungsgesetz 358 ff.
 Zwangsvollstreckungsrecht 222 ff.

Zeitschrift für Zivilprozeß

94. Band

Heft 4

Oktober 1981

Die Kontrolle der Freiheitsentziehung durch die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach Entlassung des Betroffenen

– *Zugleich eine Besprechung von BayObLG, Beschluß vom 13. 5. 1980 –
BReg. 3 Z 61/79 –*

Von Assessor Johannes Hager, wiss. Assistent, München

Probleme der Freiheitsentziehung im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit stehen eher am Rande des wissenschaftlichen Interesses. Daß dies oft nicht der praktischen Relevanz entspricht, zeigt exemplarisch der Fall, den das Bayerische Oberste Landesgericht jüngst entschieden hat.

Nachdem der Betroffene durch die Polizei in ein Bezirkskrankenhaus eingeliefert worden war, ordnete das zuständige Amtsgericht die vorläufige Unterbringung in einem Nervenkrankenhaus für die Dauer von höchstens drei Monaten an. Weder vor noch nach Erlaß des Beschlusses erhielt der Betroffene oder einer seiner Angehörigen Gelegenheit, sich vor Gericht zu äußern; der Entscheidung des Amtsgerichts war lediglich der Polizeibericht und die vorläufige Diagnose des Krankenhauses zugrunde gelegt worden. Nach Entlassung des Betroffenen, die noch innerhalb der Beschwerdefrist erfolgte, legte die Ehefrau des Betroffenen sofortige Beschwerde ein¹. Diese wurde vom Landgericht als unzulässig verworfen, da sich mit der Entlassung des Betroffenen die Hauptsache erledigt habe.

Auf die sofortige weitere Beschwerde hin bestätigte das Bayerische Oberste Landesgericht² die vorinstanzliche Entscheidung. Daß dem Betroffenen durch den Beschluß des Amtsgerichts möglicherweise berufliche Nachteile entstünden, stehe nicht entgegen, da eine Fortsetzungsfeststellungsklage im Rahmen der freiwilligen Gerichtsbarkeit weder vorgesehen noch geboten sei. Auch das Grundrecht des Betroffenen auf rechtliches Gehör ändere nichts an diesem Ergebnis; eine Anhörung sei nicht mehr erforderlich, sobald die Freiheitsentziehung beendet sei³.

1 Die Beschwerdeberechtigung ergibt sich aus Art. 5 II 4, 4 VI, V Bay. Verwahrungsgesetz.

2 Seine Zuständigkeit folgt aus §§ 28 I, 199 I FGG, Art. 23 Nr. 1 AGGVG.

3 BayObLG (in diesem Heft) S. 458.

Da diese Entscheidung implizit auf dem Verfahrensgegenstandsbegriff aufbaut, wie er von der herrschenden Meinung im Freiheitsentziehungsverfahren zugrunde gelegt wird, sei zunächst dieser dargestellt (I). Anschließend soll gezeigt werden, daß sich diese herrschende Meinung nicht hinreichend begründen läßt (II), daß sie insbesondere die Grundrechte des Betroffenen mißachtet (III).

I. Der Verfahrensgegenstand bei der Freiheitsentziehung

1. Der Verfahrensgegenstand in der freiwilligen Gerichtsbarkeit wird von der herrschenden Meinung nur höchst ungenau umschrieben. Meist findet man die Formel, daß im Amtsverfahren das Gericht den Verfahrensgegenstand bestimme, während er im Antragsverfahren durch den Antrag des Beteiligten festgelegt werde⁴. Das Freiheitsentziehungsverfahren kann sowohl durch Antrag der zuständigen Behörde eingeleitet⁵, als auch von Amts wegen in Gang gesetzt⁶ werden. Beide Definitionen des Verfahrensgegenstandes helfen jedoch nicht weiter, um seinen Umfang zu ermitteln.

2. Genauere Aufschlüsse über die Ansicht der herrschenden Meinung erhält man, wenn man untersucht, unter welchen Umständen die Erledigung der Hauptsache im Freiheitsentziehungsverfahren bejaht wird. Eine Erledigung liegt vor, wenn der Verfahrensgegenstand wegfällt, die weitere Durchführung des Verfahrens also sinnlos wird⁷. Dies kann – folgt man der herrschenden Meinung – nicht einheitlich beantwortet werden, sondern ist nach Sinn und Zweck der einzelnen Verfahren zu beurteilen⁸.

4 Z. B. *Habscheid*, Freiwillige Gerichtsbarkeit, 6. Aufl. 1977, § 18 II 1, 2; *Bärmann*, Freiwillige Gerichtsbarkeit und Notarrecht, 1968, § 13 II 1, 2; *Baur*, Freiwillige Gerichtsbarkeit I, 1955, § 17 II 1, IV 1.

5 Vgl. § 3 Freiheitsentziehungsgesetz; dazu *Saage/Göppinger*, Freiheitsentziehung und Unterbringung, 2. Aufl. 1975, I § 3, 7 ff.; Art. 2 I Bay. Verwahrungsgesetz; dazu *Saage/Göppinger*, a.a.O., III 245.

6 Vgl. § 11 Freiheitsentziehungsgesetz; dazu *Saage/Göppinger*, a.a.O., I § 11, 5; Art. 5 II 4, 4 VI Bay. Verwahrungsgesetz; dazu *Saage/Göppinger*, a.a.O., III 593: Mit Stellung eines Antrags muß nur zu rechnen sein; anders allerdings III 586: Grundsätzlich Antragsverfahren; vgl. ferner III 665 ff. – Auch bei Charakterisierung des Freiheitsentziehungsverfahrens als reinem Antragsverfahren ändert sich an der hier interessierenden Frage nichts. Eine Differenzierung nach »normaler« Verwahrung und vorläufiger Unterbringung dürfte nicht sinnvoll sein.

7 *Bärmann*, a.a.O., § 18 IV; *Bumiller/Winkler*, FGG, 3. Aufl. 1980, § 12, 3 b; *Jansen*, FGG, 2. Aufl. 1971, § 19, 36; *Keidel/Kuntze/Winkler*, FGG, 11. Aufl. 1979, § 13 a, 44; KG, OLGZ 1977, 31, 32; BayObLGZ 1971, 182, 184; *Zimmermann*, RPfl. 1958, 69, 72.

8 *Bärmann*, a.a.O.; BayObLG, NJW 1964, 1326 = Z 1964, 149, 150.

a) Nach Ansicht der Rechtsprechung⁹, der sich die Literatur größtenteils¹⁰ angeschlossen hat, tritt die Erledigung mit der Entlassung des Betroffenen ein. Denn es sei lediglich Aufgabe der Gerichte zu verhüten, daß jemandem ohne Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen die Freiheit entzogen werde oder entzogen bleibe. Falls die Freiheit wieder so hergestellt sei, daß sie nur aufgrund eines neuen Verfahrens entzogen werden könne, sei für eine entscheidende Tätigkeit der Gerichte kein Platz mehr. Rechtsmittel seien nicht zu dem Zweck eingeräumt, jenseits des eigentlichen Verfahrens liegende Zwecke zu verfolgen. Daher sei auch die Einwendung, der Verfahrensbeschluß sei geeignet, den Leumund des Betroffenen zu schädigen und sein Fortkommen zu hindern, nicht stichhaltig¹¹. Auf einen Nenner gebracht, bedeutet das, daß die Gerichte nur die Rechtmäßigkeit der *weiteren* Freiheitsentziehung zu prüfen haben.

b) Untersucht man die Prämissen der herrschenden Meinung, so fällt auf, daß der Begriff der prozessualen Überholung (bzw. der Erledigung der Hauptsache) nicht einheitlich gebraucht wird¹². Einerseits wird Erledigung

9 BayObLG, a.a.O., 153 unter Aufgabe von BayObLGZ 1954, 251, 253; 1956, 425, 432 f.; 1956, 466, 467 f.; OLG Düsseldorf, MDR 1957, 492; OLG Frankfurt, OLGZ 1968, 341 ff., das den zeitweilig Untergebrachten auf ein besonderes Verfahren verweist, ohne dies näher zu charakterisieren; OLG Köln, JMBl. NRW 1967, 275 unter Hinweis auf *Baur*, a.a.O., § 29 A II 3 b bb, der dort allerdings einen anders gelagerten Fall bespricht (Ende der Vormundschaft); OLG Celle, NdsRPfl. 1965, 155, 156; a. A. aber BVerwG, NJW 1957, 922, das aufzeigt, daß kein effizienter Rechtsschutz zur Verfügung steht, wenn man den Verfahrensgegenstand so eng faßt; BVerwG, DVBl. 1960, 725, 726. – Die in diesem Zusammenhang zitierte Entscheidung OLG Hamm, JMBl. NRW 1959, 267 betrifft den Fall, daß die Behörde gegen die aufhebende Entscheidung des LG sofortige weitere Beschwerde einlegt. Hier allerdings dürfte das Rechtsmittel unzulässig sein, weil es ein betroffenes Recht der Behörde nicht gibt; ähnlich auch OLG Neustadt, DVBl. 1957, 690.

10 *Saage/Göppinger*, a.a.O., I § 7, 37, 39; anders aber *Saage* in der Voraufgabe, § 11, 20; *Keidel/Kuntze/Winkler*, a.a.O., § 27, 52; *Jansen*, a.a.O., § 19, 37; *Bärmann*, a.a.O., § 18 IV 1; *Kullmann*, Entziehung der Freiheit von Geisteskranken und Suchtkranken, 1971, S. 98; *Kersting*, JZ 1959, 550, 552; *Böning*, SchlHAnz. 1960, 159, 166 (allerdings mit der Einschränkung in Fn. 51 a, daß dies nicht gelte, wenn die Verletzung von Grundrechten gerügt würde); a. A. *Baumann*, Unterbringungsrecht, 1966, S. 468. Alle diese Autoren nehmen zum Verfahrensgegenstand nicht ausdrücklich Stellung. Ihre Ansicht läßt sich nur durch die Kommentierung des Beschlusses des BayObLG entnehmen.

11 BayObLG, a.a.O., 152 = NJW 1964, 1326, 1327; dazu, daß die Berufung auf BGHSt. 16, 374, 384 fehlerhaft, vgl. unten Fn. 58.

12 Vgl. auch die Darstellung bei *Schenke*, Jura 1980, 133. Die folgenden Erörterungen werden anhand der VwGO belegt (Fn. 13 bis 17), was sich daraus rechtfertigt, daß der Richter im Freiheitsentziehungsverfahren Verwaltungstätigkeit ausübt; vgl. *Dürig*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, GG Art. 104, 25.

definiert als Wegfall der rechtlichen Beschwer¹³. Andererseits wird prozessuale Überholung auch dann angenommen, wenn die Vollziehung nicht mehr rückgängig gemacht werden kann¹⁴. Beides muß nicht notwendigerweise korrelieren.

Gegen die erste Auffassung spricht, daß bei Bestehen eines berechtigten Interesses nicht vom Wegfall der Beschwer gesprochen werden kann, also z. B. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO praktisch keinen Anwendungsbereich mehr hätte¹⁵. Nimmt man allerdings diesen Erledigungsbegriff an, so kann man auch bei Entlassung des Betroffenen nicht von Erledigung sprechen, solange noch eine Beschwer besteht. Legt man die letztgenannte Abgrenzung zugrunde, wie es offensichtlich auch das Bayerische Oberste Landesgericht tut¹⁶, so impliziert Erledigung konsequenterweise nicht automatisch den Wegfall jeglicher Beschwer. Ein Verwaltungsakt beispielsweise kann eine Reihe von Neben- und Folgewirkungen haben, die eine Beschwer begründen. § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO bedeutet dann – wenigstens für den überwiegenden Teil seiner Anwendungsfälle – eine Modifizierung, nicht eine Erweiterung des Rechtsschutzes und ist durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich geboten¹⁷. Dem Gesetzgeber steht es entgegen der Meinung des Bayerischen Obersten Landesgerichts nicht frei, aus Zweckmäßigkeitsgründen eine feststellende Entscheidung zuzulassen, er ist zur Gewährung von Rechtsschutz von Verfassungs wegen verpflichtet, solange eine Beschwer besteht.

c) Die Ansicht der herrschenden Meinung zum Verfahrensgegenstand im Freiheitsentziehungsverfahren erscheint nur erklärlich, wenn man annimmt, daß sie die beiden Erledigungsbegriffe miteinander vermengt und von der Unmöglichkeit der Rückgängigmachung der Vollziehung einer Maßnahme auf den Wegfall der Beschwer schließt. Eine Rückgängigmachung der Freiheitsentziehung ist allerdings nicht möglich. Faßt man in Konsequenz dieses Erledigungsbegriffes den Verfahrensgegenstand so eng, gesteht dem Gericht eine Überprüfung nur insoweit zu, als die Beschwer durch die Rückgängigmachung der Vollziehung beseitigbar ist, so ist es in der Tat konsequent, bei einer nicht nur vorläufigen Entlassung des Betroffenen von der Sinnlosig-

13 Vgl. z. B. *Kopp*, VwGO, 5. Aufl. 1981, § 113, 51; *Eyermann/Fröhler*, VwGO, 8. Aufl. 1980, § 113, 39, jeweils m. w. N.

14 Vgl. *Kopp*, a.a.O., § 113, 52; *Eyermann/Fröhler*, a.a.O., § 113, 39, jeweils m. w. N. Zu weiteren Fällen *Schenke*, Jura 1980, 135 f.

15 *Schenke*, Jura 1980, 133 f.; vgl. auch *Kopp*, a.a.O., § 113, 57 i. V. mit § 43, 23, § 113, 60: Rechtliches Interesse, wenn der Kläger in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt ist. Unter dem Aspekt von Art. 1 I, 2 I GG kann aber dann der Wegfall der Beschwerde nicht verneint werden.

16 BayObLGZ 1964, 149, 150.

17 Vgl. *Kopp*, a.a.O., § 113, 48; *Amelung*, NJW 1978, 1013, 1014 m. w. N.; s. auch unten III 2.

keit des weiteren Verfahrens zu sprechen und Rechtsmittel als unzulässig anzusehen.

II. Bedenken gegen die h. M.

1. Gegen diese Ansicht bestehen allerdings durchgreifende Bedenken. Sie zeigen sich schon vom *Ergebnis* her. Es ist unklar, wieso die Durchführung eines Verfahrens keinen Sinn mehr hat, wenn selbst das Bayerische Oberste Landesgericht – zumindest implizit – einräumt, daß möglicherweise eine Gefährdung der beruflichen Zukunft des Betroffenen vorliege¹⁸, ¹⁹. Der dabei zugrunde gelegte Verfahrensbegriff stellt den Betroffenen im Ergebnis zum Teil klaglos.

Insbesondere hätte es die Verwaltung in der Hand zu entscheiden, ob ein Verwahrungsbeschuß in der Beschwerdeinstanz nachgeprüft wird oder nicht²⁰. Sie könnte – gerade in zweifelhaften Fällen – den jeweils Betroffenen kurz vor der Entscheidung der zweiten Instanz entlassen, um so eine Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses zu verhindern. Auch bei Fortdauer der Beschwer²¹ hätte der Betroffene keine Möglichkeit einer gerichtlichen Rehabilitation mehr. Es wäre somit für ihn möglicherweise günstiger, wenn seine (rechtswidrige) Unterbringung bis zur Entscheidung der zweiten Instanz dauern würde. Nur dann könnte der Beschuß rückwirkend aufgehoben werden. Dies erscheint um so bedenklicher, als Verstöße gegen das Grundrecht auf rechtliches Gehör in der ersten Instanz nicht die Ausnahme zu sein scheinen.

2. Aber auch die *Begründung*, die Gerichte hätten nur eine Kontrollfunktion für die Zukunft, begegnet weitreichenden Bedenken. Wäre diese Ansicht

18 Vgl. Art. 1, 4 VI, 5 II 3 Bay. Verwahrungsgesetz, die voraussetzen, daß Selbst- oder Gemeingefährlichkeit vorliegt bzw. nicht auszuschließen ist, und dazu Bay ObLGZ 1958, 257, 258; 1966, 257, 260. Nur angedeutet sei, daß gegen eine Umkehr der Beweislast rechtsstaatliche Bedenken bestehen, vgl. BVerwG, DVBl. 1960, 725, 726 f.

19 Allerdings dürfte eine Berufung auf die formelle Rechtskraft des die vorläufige Verwahrung anordnenden Beschlusses nicht möglich sein; vgl. OLG Frankfurt, MDR 1980, 151 Nr. 84; *Keidell/Kuntzel/Winkler*, a.a.O., § 31, 18; *Saage/Göppinger*, a.a.O., I § 8, 7 f., jeweils m. w. N. auch zur Gegenmeinung. Das folgt schon daraus, daß es für die vorläufige Unterbringung als Maßnahme der Gefahrenabwehr (vgl. *Saage/Göppinger*, a.a.O., III 591) nach den Grundsätzen über die Scheingefahr ausreicht, daß der objektive Anschein besteht, was in anderen Verfahren nicht zum Nachteil des Betroffenen reichen darf. Denn die Maßnahme wäre auch dann rechtmäßig, wenn in Wirklichkeit die Gefahr gar nicht bestand; vgl. BVerwG, DVBl. 1960, 725, 726. Ob *Göppinger*, FamRZ 1980, 856 ff., aus der Betonung des Fürsorgegedankens insoweit andere Folgerungen ziehen würde, bleibt unklar. Jedenfalls aber sollte der tatsächliche Einfluß solcher gerichtlicher Entscheidungen nicht unterschätzt werden.

20 Vgl. die Kritik in BVerwG, NJW 1957, 922.

21 Vgl. unten III 1.

richtig, so könnte auch bei noch andauernder Unterbringung der Beschluß des Amtsgerichts nur für die Zukunft aufgehoben werden. Dann müßte sich auch die Überprüfung der Beschwerdegerichte darauf beschränken, ob der Betroffene verwahrt bleiben darf, nicht aber darauf beziehen, ob er verwahrt werden durfte²². Eine solche Interpretation würde allerdings schon dem Wortlaut und Zweck von § 7 Freiheitsentziehungsgesetz wie auch von Art. 4 Abs. 5 Bay. Verwahrungsgesetz widersprechen. Beide Normen gehen nämlich davon aus, daß das Beschwerdegericht (auch) über die Rechtmäßigkeit der Freiheitsentziehung zum Zeitpunkt der Entscheidung des Amtsgerichts zu befinden hat. Eine Beschränkung der Überprüfungsmöglichkeit auf die Berechtigung der weiteren Freiheitsentziehung würde zur Folge haben, daß die Entscheidung des Amtsgerichts nicht kontrolliert werden kann, und dabei verkennen, daß der Instanzenzug auch der Kontrolle der Untergerichte zu dienen bestimmt ist²³; Zurückweisungsvorschriften wegen der in erster Instanz unterlaufenen Fehler wären sonst nicht verständlich.

So ist es denn anerkannt, daß auch im Freiheitsentziehungsverfahren das Beschwerdegericht die Vorentscheidung aufzuheben hat, wenn die Beschwerde zulässig und begründet ist²⁴. Das ist nur dann erklärlich, wenn man dem Gericht zweiter Instanz eine Überprüfungsmöglichkeit bezüglich der Gesamtdauer der Freiheitsentziehung zubilligt²⁵.

Kein Gegenargument ergibt sich daraus, daß es in der Rechtsmittelinstanz im allgemeinen nicht darum geht, ob die angefochtene Entscheidung richtig oder falsch war, sondern auf die Sach- und Rechtslage zum Entscheidungszeitpunkt abzustellen ist²⁶. Denn diese Ansicht hätte sogar zur Folge, daß bei ursprünglich rechtmäßiger, im Augenblick der Beschwerdeentscheidung aber rechtswidriger Unterbringung der Beschluß der ersten Instanz aufzuheben wäre, da es

22 So in der Tat OLG Köln, JMBL. NRW 1967, 275, 276: »... ob die einstweilige Unterbringung gegenwärtig geboten ist«, OLG Celle, NdsRPfl. 1965, 155, 156: »Für eine Prüfung, ob sie (sc. die Voraussetzungen für die Unterbringung) auch im Zeitpunkt der Unterbringungsordnung durch das Amtsgericht vorgelegen haben, ist kein Raum.«

23 Vgl. statt aller *Stein/Jonas/Grunsky*, ZPO 20. Aufl. 1977, vor § 511, 1.

24 *Saage/Göppinger*, a.a.O., I § 7, 35; BayObLGZ 1962, 42, 46.

25 Betrachtet man die Parallele zum Verwaltungsrecht, so zeigt sich, daß bei Dauerwaltungsakten auf entsprechenden Antrag des Klägers von den Gerichten die Berechtigung der Maßnahme für die gesamte (bisherige) Zeit zu überprüfen und der Verwaltungsakt entsprechend aufzuheben ist (vgl. z. B. BVerwGE 22, 16, 20 ff.; 28, 202, 204 ff. m. w. N.; unrichtig daher insoweit *Kopp*, a.a.O., § 113, 25, der unter Berufung auf diese Entscheidungen nur auf die Sachlage im Entscheidungszeitpunkt abstellt). Der Kläger kann insoweit den Verfahrensgegenstand bestimmen. Die Übertragung der Freiheitsentziehung auf den Richter darf aber den Betroffenen nicht schlechter stellen; vgl. unten II 4 a.

26 Vgl. statt aller *Stein/Jonas/Grunsky*, a.a.O., Einl. 4 zu §§ 511 ff. m. w. N. auch zur Gegenmeinung.

nur darum ginge, wie der Rechtsstreit im späteren Zeitpunkt richtig zu entscheiden wäre²⁷. Hält man aber die Anwendung dieser Grundsätze hier nicht für richtig, geht man also davon aus, daß das Gericht die Berechtigung der Freiheitsentziehung (auch) zum Zeitpunkt der Entscheidung erster Instanz zu überprüfen hat, so muß das auch gelten, falls der Betroffene von Anfang an zu Unrecht verwahrt war. Auch damit läßt sich zeigen, daß das Beschwerdegericht nicht nur die Rechtmäßigkeit der weiteren Freiheitsentziehung zu prüfen hat.

Den Verfahrensgegenstand aber verschieden aufzufassen, je nachdem, ob der Betroffene schon entlassen ist oder nicht, bedürfte eingehender Rechtfertigung.

3. Gegen diese Kritik läßt sich nicht einwenden, im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei jedenfalls nach prozessualer Überholung infolge fehlender Möglichkeit einer Rückgängigmachung keine Rechtswidrigkeitsfeststellung vorgesehen. Es fehle nämlich an einer den §§ 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO, 28 Abs. 1 Satz 4 EGGVG, 115 Abs. 3 StVollzG, 131 Abs. 1 SGG, 35 GewO entsprechenden Norm²⁸. Das ist zweifellos zutreffend, weil es die Feststellung der Rechtswidrigkeit einer gerichtlichen Entscheidung nicht gibt²⁹. Unzutreffend ist jedoch der Schluß, die Möglichkeit einer gerichtlichen Überprüfung sei damit ausgeschlossen; die Entscheidung ist vielmehr aufzuheben.

a) Eine Parallelüberlegung zum Verwaltungsrecht möge das verdeutlichen: Man nehme die Konstellation, daß die Behörde einen rechtswidrigen belastenden Dauerverwaltungsakt erläßt. Das Verwaltungsgericht möge fälschlicherweise die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsakts annehmen und daher die Anfechtungsklage des betroffenen Bürgers abweisen. Nimmt die Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt vor oder nach Einlegung der Berufung zurück, so hat die zweite Instanz bei fortbestehendem rechtlichen Interesse des Klägers – etwa wegen Beseitigung beruflicher Nachteile oder einer eventuellen Diskriminierung des Betroffenen³⁰ – die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts nach § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO festzustellen³¹.

Gleichzeitig aber hat das Gericht auch das klageabweisende Urteil des Verwaltungsgerichts aufzuheben. Andernfalls stünden zwei sich widersprechende Urteile nebeneinander. Faßt man nämlich den Streitgegenstand bei der An-

27 A.a.O.

28 BVerfGE 49, 329, 339 für einen Fall richterlicher Anordnung aufgrund der StPO; BayObLGZ 1964, 149, 152; ZZP 94, 458 (in diesem Heft); OLG Frankfurt, OLGZ 1968, 341, 343; Saage/Göppinger, a.a.O., I § 7, 38; Jansen, a.a.O., § 19, 37; a. A. Baumann, a.a.O., S. 468.

29 Anders mag es im Fall des § 839 II BGB sein, wenn über eine (Zwischen-)Feststellungsklage zu entscheiden ist; vgl. RGRK/Kreft, 12. Aufl., § 839, 514.

30 Vgl. statt aller Kopp, a.a.O., § 113, 57, 61, § 43, 23; BVerwGE 12, 87, 90; 41, 334, 336 f.

31 Daß die Rechtswidrigkeitsfeststellung auch in der zweiten Instanz getroffen werden kann, ist unstreitig; vgl. nur Kopp, a.a.O., § 113, 49.

fechtungsklage als die Behauptung des Klägers auf, der Verwaltungsakt sei rechtswidrig³² und greife in seine Rechte ein³³, so stünde ohne Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils (rechtskräftig) fest, daß keine Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts gegeben war³⁴, was aber dem Urteil der zweiten Instanz widerspräche. Dieses Ergebnis könnte allenfalls vermieden werden, wenn man sich der Ansicht anschlosse, Streitgegenstand bei der Anfechtungsklage sei lediglich das Aufhebungsbegehren³⁵. Abgesehen davon, daß diese Ansicht zu Konsequenzen führt, die aus prozeßökonomischen Gründen abzulehnen sind³⁶, bleibt festzuhalten, daß jedenfalls aus Klarstellungsgründen eine Aufhebung angezeigt ist³⁷. Dem entspricht, daß im streitigen Verfahren des Zivilprozesses bei einseitiger Erledigterklärung des Klägers das (falsche) Urteil erster Instanz aufzuheben ist³⁸ bzw. jedenfalls wirkungslos wird^{39, 40}.

b) Kein tragfähiger Differenzierungsgesichtspunkt in dieser Hinsicht zwischen dem Verwaltungsprozeß und dem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergibt sich daraus, daß in jenem das Urteil erster Instanz den durch die Verwaltung geschaffenen Titel (vgl. § 6 Abs. 1 VwVG; Art. 19 Bay. VwZVG) lediglich überprüft, während im Freiheitsentziehungsverfahren die Grundlage für die Vollstreckung erst geschaffen wird (vgl. § 8 Abs. 1 Satz 3 Freiheitsentziehungsgesetz; Art. 9 Abs. 1 Satz 1 Bay. Verwahrungsgesetz), daß insofern das Gericht also die Aufgaben einer Verwaltungsbehörde ausübt⁴¹.

32 Eyermann/Fröhler, a.a.O., § 121, 10 c; Ule, Verwaltungsprozeßrecht, 7. Aufl. 1977, § 59 II 2.

33 Vgl. die Nachweise bei Eyermann/Fröhler, a.a.O., § 121, 10 a.

34 Eyermann/Fröhler, a.a.O., § 121, 10 c; im Beispiel wurde unterstellt, daß das Verwaltungsgericht die Anfechtungsklage abwies, da es den Verwaltungsakt für rechtmäßig hielt.

35 Vgl. die Nachweise bei Eyermann/Fröhler, a.a.O., § 121, 10, 10 b.

36 Eyermann/Fröhler, a.a.O., § 121, 10 b; auch der BGH hat diese Ansicht zumindest implizit abgelehnt, indem er aussprach, daß verwaltungsgerichtliche Urteile den Zivilrichter binden (vgl. BGHZ 9, 329; 10, 220; 20, 379; WM 1976, 98; NJW 1980, 388).

37 Ausdrücklich wird die hier angestellte Überlegung – soweit ersichtlich – nirgends behandelt. Kopp, a.a.O., § 113, 49, und das OVG Münster, ZBR 1976, 62, betreffen den Fall, daß die Fortsetzungsfeststellungsklage mangels berechtigten Interesses abzuweisen war. Deswegen wurde das der Anfechtungsklage stattgebende Urteil vom OVG Münster als unwirksam angesehen. Im Ergebnis wie hier BVerwGE 56, 31, 55.

38 Thomas/Putzo, ZPO, 11. Aufl. 1981, § 91 a, 7 c bb.

39 Stein/Jonas/Leipold, ZPO, 20. Aufl. 1978, § 91 a, 41; Göppinger, NJW 1967, 177, 178.

40 Zwar entfaltet der Beschluß des Amtsgerichts keine materielle Rechtskraft (vgl. Fn. 19). Mit der im Text geschilderten Überlegung soll gezeigt werden, daß auch die Erledigung der Aufhebung einer gerichtlichen Entscheidung nicht im Wege steht, sondern vielmehr geboten ist, wenn noch ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung besteht.

41 Vgl. z. B. Dürig, a.a.O., Art. 104, 25.

Es wäre nicht einsichtig, was im zweiten Fall einer Aufhebung im Wege stehen sollte⁴². Außerdem zeigt auch die Konstellation, in der der Kläger im Zivilprozeß einer unzulässigen oder unbegründeten Klage nach Obsiegen in der ersten Instanz während der Berufungsinstanz ein erledigendes Ereignis behauptet, daß in solchen Fällen das Urteil erster Instanz aufgehoben werden muß⁴³.

c) Es zeigt sich wieder, daß die Möglichkeit des § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO nicht eine Erweiterung des Rechtsschutzes bedeutet, sondern eine Modifizierung; statt Aufhebung des Verwaltungsakts ist nur die Feststellung seiner Rechtswidrigkeit möglich, falls noch Rechtsschutzbedürfnis gegeben ist. Selbst wenn man sich also der Meinung anschließt, durch die Entlassung des Betroffenen sei die Hauptsache erledigt, was nach dem oben Gesagten (vgl. I 2 b) konsequent ist, so hat das bei Fortdauer einer Beschwer nicht zur Folge, daß die Entscheidung erster Instanz nicht mehr gerichtlich überprüft werden kann; es ist vielmehr statt der nicht möglichen Feststellung der Rechtswidrigkeit Aufhebung angebracht.

4. Zur Verteidigung der herrschenden Meinung müßte man sich deshalb auf das Argument zurückziehen, trotz der soeben aufgezeigten Möglichkeit, Rechtsschutz zu gewähren, sei es nicht erforderlich, nach Erledigung der Hauptsache trotz Fortdauer der Beschwer die untergerichtliche Entscheidung nachzuprüfen⁴⁴.

a) Eine solche Ansicht ließe aber zum einen außer acht, daß die Regelung des Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG den Zweck verfolgt, den Rechtsschutz des jeweils Betroffenen zu stärken⁴⁵. Ohne hier bereits auf spezielle Fragen des Art. 19 Abs. 4 GG und der materiellen Grundrechte eingehen zu müssen⁴⁶, läßt sich sagen, daß unter Zugrundelegung der herrschenden Meinung in einem Teil des Anwendungsbereichs dieser Norm genau das Gegenteil erreicht würde.

b) Zum anderen spricht gegen dieses Ergebnis ein Vergleich mit der Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 1 Freiheitsentziehungsgesetz⁴⁷. Ist nämlich die Freiheits-

42 Vgl. dazu sogleich 4 a.

43 Vgl. *Stein/Jonas/Leipold*, a.a.O., § 91 a, 42; *Heintzmann*, ZJP 87, 200. Der Beklagte hat Recht auf ein klageabweisendes Urteil, in dem die falsche Entscheidung erster Instanz aufgehoben wird. Z.T. wird dabei nicht einmal ein rechtliches Interesse gefordert, vgl. *Stein/Jonas/Leipold*, a.a.O. mit Fn. 105.

44 So wohl in der Tat OLG Frankfurt, OLGZ 1968, 341, 343, das behauptet, der Gesetzgeber habe keinen umfassenden Rechtsschutz gewollt; BayObLGZ 1964, 149, 152 meint, es sei nicht Aufgabe der Gerichte, dem Betroffenen zu ermöglichen, jenseits des eigentlichen Verfahrens liegende Zwecke zu verfolgen.

45 Vgl. *Dürig*, a.a.O., Art. 104, 2; *Holtkotten*, Bonner Kommentar, 1. Bearbeitung, Art. 104 II A 1 a m. w. N.; *Hamann/Lenz*, GG, 3. Aufl. 1970, Art. 104 A 1.

46 Vgl. dazu unten III 2.

47 Auch ohne ausdrückliche Regelung gilt in Bayern (und den übrigen Bundesländern) aufgrund Art. 19 IV GG dasselbe; vgl. *Saage/Göppinger*, a.a.O., III 586 a. E.

entziehung aufgrund einer Verwaltungsmaßnahme erfolgt, die nicht auf richterlicher Anordnung beruht, so sieht diese Vorschrift eine Überprüfung vor den Gerichten der freiwilligen Gerichtsbarkeit vor. Diese Zuweisung hat nur den Sinn zu verhindern, daß das Verfahren der Freiheitsentziehung trotz des Vorliegens einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit (vgl. § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO) in zwei verschiedenen Gerichtszweigen abläuft⁴⁸. Im Rahmen der Überprüfung dieses Verwaltungsakts wird dann bei Erledigung § 113 Abs. 1 Satz 4 VwGO analog angewandt⁴⁹. Das Gericht zweiter Instanz hat also ggf. die Rechtswidrigkeit des Verwaltungsakts festzustellen und einen entgegengesetzten Beschluß erster Instanz aufzuheben⁵⁰.

Es ließe sich zwar versuchen, eine tragfähige Unterscheidung daraus abzuleiten, daß der Verwaltungsakt die Grundlage für die Freiheitsentziehung nur bis zur gerichtlichen Entscheidung darstelle, daß also der Richter die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsakts (für die Vergangenheit) überprüfe, über die weitere Unterbringung in einem davon getrennt zu wertenden Verfahren entscheide⁵¹. Eine solche Ansicht würde vollends die ratio des Art. 104 Abs. 2 Satz 2 GG in sein Gegenteil verkehren. Der Betroffene würde zwar nach seiner Entlassung die Rehabilitierung für die Zeit erlangen, in der er nur aufgrund des behördlichen Verwaltungsakts untergebracht war. Eine solche Überprüfung wäre nämlich nach den normalen Regeln des Verwaltungsrechts möglich, und es ist nicht ersichtlich, daß der Betroffene durch die Zuständigkeit der Zivilgerichte in dieser Hinsicht schlechter gestellt werden sollte. Eine Überprüfung der für die anschließende Unterbringung zugrundeliegenden gerichtlichen Entscheidung wäre dagegen nicht möglich. Dieses Ergebnis träte auch dann ein, wenn beiden Verfahren derselbe Sachverhalt zugrunde läge und das Gericht der sofortigen Beschwerde dem Amtsgericht vorwerfen müßte, es habe den Verwaltungsakt in rechtswidriger Weise nicht aufgehoben. Eine solche Differenzierung widerspräche allerdings eklatant dem Zweck der präventiven Kontrolle im Freiheitsentziehungsverfahren. Denn durch die Übertragung der Kompetenz zur Freiheitsentziehung auf die Gerichte sollte der Rechtsschutz des Betroffenen nicht verkürzt werden, vielmehr war genau das Gegenteil intendiert⁵².

Da somit eine unterschiedliche Behandlung beider Verfahren nicht angebracht ist, kann es keinen tragfähigen Differenzierungsgesichtspunkt abgeben,

48 *Saage/Göppinger*, a.a.O., I § 13, 16.

49 *Saage/Göppinger*, a.a.O., I § 13, 23; III 568 a.E. unter Hinweis auf Art. 19 IV GG.

50 Vgl. oben II 3.

51 Vgl. z. B. *Dürig*, a.a.O., Art. 104, 35, 38.

52 Vgl. *Hamann/Lenz*, a.a.O., Art. 104, A 2; *von Münch/Rauball*, GG, 1978, Art. 104, 10.

ob dem Beschluß des Amtsgerichts eine Freiheitsentziehung durch die Behörde vorangegangen ist oder nicht⁵³. Auch in den letztgenannten Fällen ist eine Überprüfung durch die Beschwerdeinstanz möglich und führt ggf. zur Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses.

Nach den oben angestellten Überlegungen hätte übrigens das Bayerische Oberste Landesgericht zumindest die Beschwerde insoweit als zulässig erachten müssen, als sie sich gegen die Freiheitsentziehung bis zum Beschluß des Amtsgerichts richtete. Denn der Vollzug durch die Einlieferung setzt den konkludenten Erlaß eines entsprechenden Verwaltungsakts voraus⁵⁴.

5. Kann somit im hier interessierenden Zusammenhang offenbleiben, ob Erledigung vorliegt, da bei Bestehen eines berechtigten Interesses die erstinstanzliche Entscheidung jedenfalls zu überprüfen und ggf. aufzuheben ist, so ist relevant, unter welchen Umständen ein solches Interesse zu bejahen ist.

Relativ problemlos ist das rechtliche Interesse anzunehmen, wenn berufliche oder wirtschaftliche Konsequenzen für den Betroffenen im Spiel stehen⁵⁵. Es genügt aber auch das bloße Rehabilitationsinteresse. Denn immerhin geht es in diesem Zusammenhang darum, daß dem Betroffenen die Freiheit entzogen war. Deren Stellenwert im System der Grundrechte bringt es mit sich, daß auch bei ihrer Wiederherstellung das Recht auf gerichtliche Klärung einer behaupteten Freiheitsentziehung nicht ohne weiteres entfällt⁵⁶. Darin unterscheiden sich die Fallkonstellationen von denen, in denen Angeklagte mangels Beweises freigesprochen wurden. Deren Freiheit war nicht entzogen worden^{57, 58}.

53 A. A. OLG Köln, JMBL NRW 1967, 275, das damit den Unterschied zu BVerwG, NJW 1957, 922 und zu BayObLGZ 1954, 251; 1956, 425; 1956, 466 zu rechtefertigen versucht. Das BayObLGZ 1964, 149, 153 hat bei der Änderung seiner Rechtsprechung nicht auf diesen Gesichtspunkt abgestellt; es hat vielmehr behauptet, BVerwG, NJW 1957, 922 und BVerfGE 10, 302, 308 beträfen andere Fälle, weil sie in Verfahren mit grundsätzlich anderer Zielsetzung ergangen seien.

54 Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl. 1974, § 46 V a m. w. N.

55 Vgl. nur BVerfGE 15, 226, 230.

56 BVerfGE 10, 302, 308 (in einer Vormundschaftssache); 42, 1, 6 (in einer Sicherungsverwahrung); BayObLGZ 1954, 251; 1956, 425; 1956, 466. Wieso das erstgenannte Urteil des BVerfG wie auch BVerwG, NJW 1957, 922 für diesen Zusammenhang keine Rolle spielt, wie BayObLGZ 1964, 149, 153 behauptet, bleibt unerfindlich. In beiden Fällen war eine gerichtliche Entscheidung vorausgegangen. Vgl. auch BVerfGE 9, 89, 93 f.; 15, 226, 230.

57 Vgl. zur Verneinung einer Beschwerde z. B. Kleinknecht, StPO, 35. Aufl. 1981, vor § 296, 14; Roxin, Strafverfahrensrecht, 16. Aufl. 1980, § 52 B II 2 c m. w. N. auch zur Gegenmeinung. Das BVerfG hat demgegenüber entschieden, daß sich auch aus den Gründen eines Freispruchs eine Grundrechtsverletzung ergeben kann; vgl. E 28, 151, 159 ff., 6, 7, 9.

58 Wegen dieses Unterschieds geht auch die Berufung von BayObLGZ 1964, 149, 152 auf BGHSt. 16, 374, 384 fehl. In der Entscheidung des BGH ging es nur um die Gründe.

Wie in den Parallelfällen genügen zur Bejahung der Zulässigkeit der Beschwerde Behauptungen, die eine Verletzung der Rechte des Betroffenen zumindest als möglich erscheinen lassen⁵⁹.

III. Der Einfluß der Grundrechte

1. Ist somit bereits aufgrund prozeßrechtlicher Überlegungen gezeigt, daß bei Bestehen einer Beschwerde die Obergerichte die Entscheidung des Amtsgerichts zu überprüfen haben, so wird dieses Ergebnis bestätigt, wenn man die Grundrechte des Betroffenen in die Überlegung einbezieht. Speziell für den vorliegenden Fall gilt dies für das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).

a) Die Bedeutung dieses Grundrechts wird von Rechtsprechung und Literatur allgemein betont⁶⁰. Art. 103 Abs. 1 GG gilt, wie allgemein anerkannt ist, auch im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit⁶¹. Fehlt es an einer ausdrücklichen Normierung dieses Rechts in der jeweiligen Prozeßordnung, so folgt die Pflicht des Gerichts direkt aus dem Grundgesetz⁶².

Einschränkungen sind trotz Fehlens eines ausdrücklichen Gesetzesvorbehalts aufgrund eilbedürftiger Maßnahmen möglich⁶³. Das Absehen von der Gewährung des rechtlichen Gehörs kann in solchen Fällen jedoch nur so weit reichen, wie es die Eilbedürftigkeit der Maßnahme erfordert. Dem Betroffenen ist daher nach Erlaß der Entscheidung Gelegenheit zu geben, sich in derselben Instanz zu äußern⁶⁴. Dieser Grundsatz ist vom Bundesverfassungsgericht dahin gehend eingeschränkt worden, daß die Möglichkeit, sich nachträglich gegen

59 Vgl. statt aller *Eyermann/Fröhler*, a.a.O., § 42, 85 m. w. N. auch zu abweichenden Meinungen.

60 Vgl. z. B. BVerfGE 5, 22, 24; 6, 12, 14; 7, 53, 57; 7, 95, 98 f.; 7, 275, 279; 8, 253, 255 f.; 9, 89, 94 ff.; 11, 218, 220; 14, 320, 323 f.; 17, 356, 362 f.; 18, 380, 383; 18, 399, 404; 22, 267, 273; 25, 137, 140; 27, 248, 251; 42, 364, 367 ff.; 47, 182, 187, 49, 252, 257; 49, 329, 342 f.; 50, 32, 35 f.; NJW 1980, 277; 1980, 278; 1980, 769; 1980, 1095; 1980, 1737; 1980, 2698 »prozessuales Unrecht«; BayVerfGHE 19, 30, 32; 23, 143, 147 m. w. N.; 23, 177, 179; 26, 127, 137; 27, 35, 41; 27, 109, 115 ff.; 28, 70, 72; NJW 1977, 243; 1980, 278, 279; *Schweiger*, in: *Nawiasky u. a.*, BV, Art. 91, 3 m. w. N.; *Dürig*, a.a.O., Art. 103 I, 3 ff.; *Rüping*, a.a.O., Art. 103 I, 23 ff.; *Kollhosser*, ZZP 93, 286.

61 BVerfGE 7, 53, 57; 19, 49, 51; BayObLGZ 1965, 359, 361; 1971, 217, 220; ZZP 91, 458 (in diesem Heft); OLG Stuttgart, NJW 1963, 1161; *Rüping*, a.a.O., Art. 103 I, 21 m. w. N.; *Dürig*, a.a.O., Art. 103 I, 32 m. w. N., mit Hinweis darauf, daß gerade in Verfahren, in denen der Untersuchungsgrundsatz gelte, die Gefahr groß sei, daß der einzelne zum bloßen Objekt des staatlichen Verfahrens werde und deshalb die uneingeschränkte Anerkennung des Rechts auf rechtliches Gehör dringend sei.

62 BVerfGE 8, 253, 255 f.; NJW 1980, 1095, 1096; *Rüping*, a.a.O., Art. 103 I, 21; *Dürig*, a.a.O., Art. 103 I, 23 m. w. N. auch zur (abzulehnenden) Gegenmeinung.

63 *Rüping*, a.a.O., Art. 103 I, 62; *Dürig*, a.a.O., Art. 103 I, 44 ff. jeweils m. w. N.; BVerfGE 49, 329, 342.

64 BVerfGE 9, 89, 98; 18, 399, 404; 49, 329, 342; *Rüping*, a.a.O.; *Dürig*, a.a.O.

die angeordnete Maßnahme zu wehren, deren Fortdauer oder das Bestehen eines Rechtsschutzbedürfnisses für eine nachträgliche richterliche Überprüfung aus anderen Gründen erfordert⁶⁵. Da ein solches Rechtsschutzbedürfnis in den Fällen der Freiheitsentziehung regelmäßig zu bejahen ist⁶⁶, wäre das Amtsgericht verpflichtet gewesen, den Betroffenen zumindest nachträglich zu hören.

b) Nicht geklärt ist damit, welche prozessualen Folgen ein Verstoß gegen diese Regel durch das Amtsgericht für den Rechtsmittelzug hat. Die Rechtsprechung ist hier nicht einheitlich. Fest steht als Ausgangspunkt, daß von Verfassungs wegen kein Instanzenzug vorgeschrieben ist⁶⁷. Daraus schließt das Bundesverfassungsgericht in einem Teil seiner Entscheidungen, daß bei Fehlen einer Zulässigkeitsvoraussetzung für das Rechtsmittel der Instanzenzug verschlossen bleibt, allerdings die Verfassungsbeschwerde statthaft ist⁶⁸.

Berücksichtigt man jedoch den Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde⁶⁹, so vermag dieser Standpunkt nicht zu überzeugen. Die Anrufung des Verfassungsgerichts bedeutet einen vermeidbaren Umweg, der dem Bürger möglichst erspart werden soll. Das gilt insbesondere, wenn man zusätzlich die Überlastung des Gerichts in Rechnung stellt. Zu Recht schränkt daher das Bundesverfassungsgericht in anderen Entscheidungen den oben genannten Grundsatz dahin gehend ein, daß nach dem jeweiligen Instanzenzug überhaupt kein zur Entscheidung berufenes Gericht vorhanden sein oder die jeweilige Prozeßordnung keine Auslegung in der Richtung zulassen dürfe, daß die Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör die nächste Instanz eröffne⁷⁰.

65 BVerfGE 49, 329, 342; 18, 399, 404; in E 9, 89, 98 fehlt diese Einschränkung noch; ähnlich BGH, NJW 1978, 1815 für den Fall einer staatsanwaltschaftlichen Maßnahme im Hinblick auf Art. 19 IV GG.

66 Vgl. oben II 5.

67 Vgl. z. B. BVerfGE 1, 433, 437; 28, 88, 96; 42, 243, 248; 42, 252, 254; 49, 329, 343; *Dürig*, a.a.O., Art. 19 IV, 17.

68 BVerfGE 28, 88, 95 f.; 46, 184, 187; 49, 329, 343; wohl auch BVerfGE 42, 242, 248 ff.; 42, 252, 254 ff.; in den beiden letztgenannten Entscheidungen wird darauf hingewiesen, es sei wenig befriedigend, das Bundesverfassungsgericht in all solchen Fällen einzuschalten; in den konkreten Fällen wurden die außerordentlichen Rechtsbehelfe des § 33 a StPO bzw. der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als Rechtswege i. S. des § 90 II BVerfGG angesehen. S. auch *Dürig*, a.a.O., Art. 103 I, 89; *Rüping*, a.a.O., Art. 103 I, 92, anders wohl 96.

69 Vgl. nur BVerfGE 42, 242, 248; 42, 252, 254.

70 BVerfGE 47, 182, 190 f. (für § 286 ZPO); 49, 252, 256 (für § 568 II ZPO); 49, 325, 330 f. (für § 69 III 5 FGO); BVerfG, NJW 1980, 2698 nimmt in einem solchen Fall sogar eine Ausnahme von der Unabänderbarkeit unanfechtbarer Beschlüsse an; OLG Köln, NJW 1979, 1834, 1835; OLG Frankfurt, MDR 1979, 940, das wegen der Erschütterung der Grundlagen eines rechtsförmigen Verfahrens durch die Nichtgewährung des rechtlichen Gehörs entgegen § 46 II ZPO die sofortige Beschwerde zuläßt, um den Umweg über die Verfassungsbeschwerde zu vermeiden; LG Zweibrücken, MDR 1980, 675; *Lisken*, NJW 1979, 1992, 1993; *Schneider*, MDR 1979, 617, 622 f.

Im hier besprochenen Fall wäre eine Auslegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Beschwerde in Übereinstimmung mit Art. 103 Abs. 1 GG durchaus möglich gewesen. Selbst wenn man dabei den Verfahrensgegenstandsbegriff der herrschenden Meinung zugrunde legt⁷¹, so läßt sich eben nicht sagen, daß die Durchführung des Verfahrens sinnlos geworden ist. Unter Berücksichtigung von Art. 103 Abs. 1 GG ist es nicht nur Aufgabe der Gerichte, künftigen Freiheitsentzug zu beurteilen, sondern auch für die Rechtsförmigkeit des Verfahrens Sorge zu tragen. Erst recht gilt das, wenn es – wie oben gezeigt – als Aufgabe der Obergerichte angesehen wird, die Rechtmäßigkeit des Beschlusses des Amtsgerichts so lange zu überprüfen, als ein rechtliches Interesse des Betroffenen besteht.

Konsequent weitergedacht müßte auch das Bundesverfassungsgericht zu dieser Lösung kommen, selbst soweit es die Überprüfung der Entscheidung durch die Obergerichte bei prozessualer Überholung verneint⁷². Denn das Gericht stellt fest, eine prozessuale Überholung sei dann nicht gegeben, wenn in Ausnahmefällen das Interesse des Betroffenen fortbestehe, die Rechtswidrigkeit der Maßnahme feststellen zu lassen⁷³. Die Statthaftigkeit einer Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG wird ebenfalls an das Fortbestehen eines rechtlichen Interesses geknüpft⁷⁴. In allen Fällen, in denen eine Verfassungsbeschwerde statthaft ist, müßte folglich auch das Rechtsmittel zulässig sein.

Eine Schwierigkeit ergibt sich allerdings daraus, daß der Beschluß des Amtsgerichts zunächst nicht gegen das Grundrecht auf rechtliches Gehör verstieß, die Grundrechtsverletzung vielmehr in der unterlassenen Nachholung der Gewährung rechtlichen Gehörs liegt. Dennoch richtet sich das Rechtsmittel gegen die Ausgangsentscheidung und nicht gegen die Unterlassung des Amtsgerichts⁷⁵.

71 Vgl. oben I 2 vor a.

72 BVerfGE 49, 329, 343 und die anderen Nachw. in Fn. 63.

73 A.a.O., unter Berufung auf BGH, NJW 1978, 1815. Der BGH hat allerdings diesen Grundsatz für den Fall einer staatsanwaltschaftlichen (nicht einer richterlichen) Maßnahme aufgestellt. Die Differenzierung gewinnt der BGH durch Heranziehung von Art. 19 IV GG. Dann muß aber bei Eingreifen eines Grundrechts zugunsten des Betroffenen (hier Art. 103 I GG) auch gegen richterliche Maßnahmen Rechtsschutz möglich sein. Wenn nämlich der BGH den Einfluß des Art. 19 IV GG dahin gehend interpretiert, daß er auch bei Vollzug der Maßnahme die Überprüfung durch das Gericht nicht hindert, das Gericht also den Begriff der prozessualen Überholung anhand der Grundrechte interpretiert, so ist nicht ersichtlich, warum Art. 103 I GG nicht dieselbe Wirkung haben soll. Von der Nichtüberprüfbarkeit einer richterlichen Maßnahme macht der BGH auch eine Ausnahme für den Fall eines Verstoßes gegen das Willkürverbot, was nur über entsprechende Auslegung des Begriffes der prozessualen Überholung möglich ist.

74 BVerfG, a.a.O.

75 So auch BVerfGE 49, 329, 343.

Ist nämlich das rechtliche Gehör durch Rechtsbehelfe erzwingbar, so gehen diese dem Nachverfahren vor. Das ist in Verfahren, in denen die oben dargestellten Grundsätze kodifiziert sind, wie z. B. bei § 33 a StPO, wegen der Subsidiaritätsklausel allgemein anerkannt⁷⁶. Anders kann nur dann zu entscheiden sein, wenn die Beschwerde schon als solche unstatthaft ist⁷⁷. Eine solche Ansicht vermeidet – jedenfalls nach Einlegung der Beschwerde – eine § 18 Abs. 2 FGG widersprechende Doppelzuständigkeit zweier Gerichte verschiedener Instanzen zur Verhandlung und Entscheidung über denselben Verfahrensgegenstand. Hat das Amtsgericht seiner Pflicht zur Nachholung der Anhörung nicht bis zum Zeitpunkt der Einlegung der Beschwerde genügt, so wird sein Beschluß rechtswidrig⁷⁸.

2. Unabhängig von der Besonderheit des vorliegenden Falls folgt die Zulässigkeit der gerichtlichen Kontrolle auch nach Entlassung des Betroffenen aus dem in Art. 19 Abs. 4 (hier) i. V. mit Art. 2 Abs. 2, 12 Abs. 1 GG niedergelegten Recht auf effektiven Rechtsschutz.

Der dogmatische Anknüpfungspunkt des Bundesverfassungsgerichts ist hier nicht ganz einheitlich⁷⁹. Zum Teil wird der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz (nur) als Bestandteil von Art. 19 Abs. 4 GG gesehen⁸⁰, zum Teil auch oder primär im jeweiligen materiellen Grundrecht angesiedelt⁸¹. Hierbei wird

76 Löwe/Rosenberg/Wendisch, StPO, 23. Aufl. 1976, § 33 a, 11; Müller/Sax, StPO, 6. Aufl. 1966, § 33 a, 2 c.

77 OLG Stuttgart, NJW 1974, 284 m. w. N. Folgt man allerdings dem OLG Frankfurt, MDR 1979, 940, und läßt bei Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör auch die ansonsten unstatthafte Beschwerde zu, so beschränkt sich das Nachverfahren auf Fälle, in denen keine höhere Instanz mehr existiert (vgl. z. B. BVerfG, NJW 1980, 2698).

78 Eine davon zu trennende Frage ist, ob dies notwendigerweise zur Rückverweisung führt oder aber die Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör in der zweiten Instanz geheilt werden kann; vgl. dazu statt aller Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O., § 12, 84 b m. w. N.

79 Vgl. auch die Darstellung bei Hesse, EuGRZ 1978, 427, 435 m. w. N. aus der Rechtsprechung.

80 Z. B. BVerfGE 35, 263, 274; 40, 272, 274; 41, 23, 26; 41, 323, 326; 44, 302, 305; 50, 1, 3.

81 Z. B. BVerfGE 24, 367, 401; 35, 348, 361; 45, 297, 333; 46, 325, 334; 49, 252, 257; vgl. die Besprechung der letztgenannten BVerfG-Entscheidung durch Weber in JuS 1979, 287, der unter Berufung auf die BVerfG-Entscheidung meint, die Rechtsschutzgarantien aus Art. 19 IV GG und aus den materiellen Grundrechten seien nicht identisch. BVerfGE 45, 297, 333 und 46, 325, 334 sprechen allerdings davon, daß sich das Recht auf effektiven Rechtsschutz »bereits aus Art. 14 I 1 GG« ergebe. Vercinzelt geblieben ist vom methodischen Ansatz her die Entscheidung BVerfGE 42, 64, 73, in der das Willkürverbot herangezogen wurde, dagegen z. B. Weitzel, JuS 1976, 722 ff.

nicht nur Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG⁸² herangezogen, sondern auch die übrigen materiellen Grundrechte⁸³.

Der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz garantiert dem Bürger zwar nicht einen Instanzenzug⁸⁴, aber die tatsächliche wirksame Kontrolle⁸⁵. Der Rechtsweg darf weder ausgeschlossen werden, noch darf die Wahrnehmung der Instanzen in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise erschwert werden⁸⁶. Das gilt nicht nur für die erste, sondern auch für weitere Instanzen, die eine Prozeßordnung vorsieht⁸⁷. Ist der Rechtsweg eröffnet, so hat das Gericht im jeweiligen Verfahren der normativen Geltung der Grundrechte tatsächliche Wirksamkeit zu verschaffen⁸⁸. Das Verfahrensrecht hat dabei die Funktion, im konkreten Fall dem Grundrechtsträger zu seinem verfassungsmäßigen Recht zu verhelfen. Von mehreren Auslegungsmöglichkeiten ist die zu wählen, die es dem Gericht ermöglicht, die Grundrechte der Verfahrensbeteiligten durchzusetzen und zu verwirklichen⁸⁹. In Konsequenz dieser Überlegungen interpretiert das Bundesverfassungsgericht nicht nur Fristvorschriften⁹⁰, sondern auch andere Zugangsvoraussetzungen⁹¹ im Lichte der Verfassung⁹².

Legt man die geschilderten Prinzipien zugrunde, so zeigt sich, daß der hier besprochene Beschluß des Bayerischen Obersten Landesgerichts wie auch die herrschende Meinung gegen das Recht des Betroffenen auf effektiven Rechts-

82 In den in Fn. 72 genannten Entscheidungen ging es jeweils um dieses Grundrecht.

83 Vgl. z. B. BVerfG, NJW 1980, 769; die Besprechung von *Weber* in JuS 1979, 287; *Böhmer*, Verh. des 50. DJT, 1974, Bd. II, S. I 178; *Redeker*, NJW 1980, 1593, 1595.

84 Siehe Fn. 67.

85 BVerfGE 41, 23, 26.

86 BVerfGE 40, 272, 274 f.; 41, 23, 26; 41, 323, 326 f.; 44, 302, 305.

87 BVerfGE 40, 272, 275; 44, 302, 306; 49, 329, 341; 50, 1, 3.

88 BVerfGE 49, 252, 257.

89 BVerfGE 41, 323, 326; 44, 302, 306.

90 BVerfGE 41, 23, 26; 41, 323, 326; 44, 302, 306 f.; 50, 1, 3 f.; NJW 1980, 769.

91 Vgl. z. B. BVerfGE 49, 148, 166 f.; Auslegung von § 554 b I ZPO anhand von Art. 3 GG und anhand des Rechtsstaatsprinzips. Die Kontroverse innerhalb des BVerfG, ob hier eine verfassungskonforme Auslegung oder eine Teilnichtigkeitsklärung veranlaßt sei (vgl. den Vorlagebeschluß des 1. Senats, NJW 1979, 568, und die Entscheidung des Plenum, NJW 1981, 39, 42 f.), ist in vorliegendem Zusammenhang ohne Bedeutung. Denn zumindest vom Ergebnis her macht es keinen Unterschied, ob man das Zulässigkeitshindernis der Erledigung verfassungskonform auslegt oder für teilnichtig erklärt (vgl. z. B. *Skouris*, Teilnichtigkeit von Gesetzen, 1973, S. 109; *Bogs*, Die verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, 1966, S. 100; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm, 1969, S. 121). Die bei formellen nachkonstitutionellen Gesetzen relevante Frage des Verwerfungsmonopols spielt beim Problem der (nicht kodifizierten) prozessualen Überholung keine Rolle.

92 Vgl. z. B. BVerfG, NJW 1980, 1153; 1980, 769; dazu *Redeker*, NJW 1980, 1593, 1594 f. m. umfassenden Nachw. auch zur Rechtsprechung der Instanzgerichte.

schutz verstößt. Daß der Betroffene weiterhin beschwert ist, da seine Grundrechte aus Art. 2 Abs. 2 und 12 Abs. 1 GG betroffen sind, wurde schon oben gezeigt⁹³. Auch das Bayerische Oberste Landesgericht räumt die Möglichkeit der Gefährdung der weiteren beruflichen Entwicklung des Betroffenen ein⁹⁴. Dann aber muß der Geltung dieser Grundrechte Rechnung getragen werden, indem wegen der Fortdauer der Beschwer die Beschwerde als zulässig erachtet wird. Dies gilt, wie gezeigt, unabhängig davon, ob man Erledigung der Hauptsache annimmt oder nicht.

IV. Ergebnis

1. Die herrschende Meinung, der zufolge nach Entlassung des Betroffenen der Verfahrensgegenstand der Freiheitsentziehung erledigt sei, Rechtsmittel daher unzulässig seien oder würden, widerspricht prozessualen Grundsätzen und den Grundrechten des jeweils Betroffenen.

2. Die Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit haben auch nach Entlassung des Betroffenen die Rechtmäßigkeit der erstinstanziellen Entscheidung nachzuprüfen, solange eine Beschwer des Betroffenen fortbesteht.

3. Für die Zulässigkeit des Rechtsmittels genügt in aller Regel das Rehabilitierungsinteresse des Betroffenen wegen der Freiheitsentziehung.

93 Siehe oben II 5.

94 BayObLG (in diesem Heft) S. 458.